

TPF 2010 96

22. Auszug aus dem Entscheid der II. Beschwerdekammer in Sachen A. gegen Staatsanwaltschaft St. Gallen vom 15. April 2010 (RR.2010.9)

Internationale Rechtshilfe in Strafsachen an Deutschland; Anwesenheit von Personen, die am ausländischen Prozess beteiligt sind; Zwischenverfügung.

Art. 4 Satz 2 EUeR; Art. 30 des Betrugsbekämpfungsabkommen; Art. 65a, 80e IRSG

Fehlt in der Zwischenverfügung eine Zusicherung bzw. die Anordnung von konkreten Vorkehren, um eine vorzeitige Verwendung von Informationen im ausländischen Strafverfahren zu verhindern, ist der betreffende Beschwerdeführer zur Beschwerde legitimiert (E. 2.3–2.7). Inhalt der schriftlichen Erklärung (E. 5).

Entraide judiciaire internationale en matière pénale à l'Allemagne; présence de personnes qui sont parties à la procédure étrangère; décision incidente.

Art. 4 deuxième phrase CEEJ; art. 30 de l'Accord sur la lutte contre la fraude; art. 65a, 80e EIMP

Si, dans la décision incidente, une garantie, respectivement l'ordre de mesures concrètes destinées à empêcher une utilisation anticipée d'informations dans la procédure pénale étrangère fait défaut, le recourant concerné a la qualité pour recourir (consid. 2.3–2.7). Contenu de la déclaration écrite (consid. 5).

Assistenza giudiziaria internazionale in materia penale alla Germania; presenza di partecipanti al processo all'estero; decisione incidentale.

Art. 4 frase 2 CEAG; art. 30 dell'Accordo antifrode; art. 65a, 80e AIMP

Se nella decisione incidentale manca una garanzia risp. l'ordine di misure concrete atte a impedire un'utilizzazione anticipata e prematura di informazioni nell'ambito del procedimento penale all'estero l'interessato è legittimato a presentare ricorso (consid. 2.3–2.7). Contenuto della dichiarazione scritta (consid. 5).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

Die deutschen Untersuchungsbehörden führen gegen A. und weitere Personen ein Strafverfahren wegen Verdachts der bandenmässigen (Um

satz-)Steuerhinterziehung in einer Vielzahl von Fällen bzw. dazu geleisteter Beihilfe. In diesem Zusammenhang gelangten die deutschen Untersuchungsbehörden mit Rechtshilfeersuchen vom 9. März 2009 an die Schweiz. Darin ersuchten sie u.a. um Durchführung von Durchsuchungsmassnahmen und Beschuldigtenvernehmungen. Das Bundesamt für Justiz (nachfolgend „Bundesamt“) wies dieses Ersuchen ab, worauf die deutschen Behörden das Rechtshilfeersuchen am 10. Juni 2009 ergänzten.

Die Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen (nachfolgend „Staatsanwaltschaft“) trat mit Eintretens- und Zwischenverfügung vom 29. Juli 2009 auf das ergänzte Rechtshilfeersuchen ein und ordnete die Durchsuchung diverser Räumlichkeiten an. Dabei bewilligte sie die Anwesenheit von vier deutschen Steuerfahndungsbeamten sowie eines Staatsanwaltes oder einer Staatsanwältin der deutschen Untersuchungsbehörde. Die Hausdurchsuchungen wurden am 23. September 2009 durchgeführt. Bei den Hausdurchsuchungen wurden diverse Daten und Unterlagen sichergestellt.

Mit Schreiben vom 22. Dezember 2009 ersuchten die deutschen Behörden darum, die Anwesenheit deutscher Steuerfahndungsbeamter bei der vorzunehmenden Sichtung der sichergestellten Daten und Unterlagen zu gestatten. Mit Zwischenverfügung vom 24. Dezember 2009 bewilligte die Staatsanwaltschaft diese Anwesenheit.

Gegen diese Zwischenverfügung vom 24. Dezember 2009 lässt A. mit Eingabe vom 14. Januar 2010 Beschwerde erheben. A. stellt hauptsächlich den Antrag, die Zwischenverfügung vom 24. Dezember 2009 sei aufzuheben, das Ersuchen der deutschen Behörden vom 22. Dezember 2009 und die Anwesenheit von vier Steuerfahndungsbeamten bei der Durchsuchung/Aussonderung der im Rechtshilfeverfahren sichergestellten Beweisunterlagen sei zu verbieten. Eventualiter beantragt er, es sei durch konkrete/geeignete Massnahmen sicherzustellen, dass gewonnene Informationen und Erkenntnisse nicht verwendet würden, bevor über die Gewährung und den Umfang der Rechtshilfe definitiv und rechtskräftig entschieden worden sei.

Die II. Beschwerdekammer hat die Beschwerde in Bezug auf das Hauptbegehren abgewiesen und in Bezug auf das Eventualbegehren gutgeheissen.

Aus den Erwägungen:

2.3 Der Beizug ausländischer Ermittlungsbeamter ist im hier anwendbaren EUeR grundsätzlich als zulässig vorgesehen (Art. 4 Satz 2 EUeR; vgl. auch Art. 65a IRSG). Art. 30 des Betrugsbekämpfungsabkommen (SR 0.351.926.81) gibt dem ersuchenden Staat darüber hinaus sogar ein eigentliches Recht auf Teilnahme. Diese kann (bei umfangreichen Aktenbeschlagnahmungen und komplexen Strafuntersuchungen) nicht zuletzt der Verhältnismässigkeit bzw. der sachbezogenen Begrenzung der beantragten Rechtshilfemassnahmen dienen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1A.259/2005 vom 15. November 2005, E. 1.2). Gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts hat die blossе Anwesenheit ausländischer Prozessbeteiligter an einer Rechtshilfehandlung für den Betroffenen in der Regel noch keinen unmittelbaren und nicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge.

Ein solcher ist hingegen zu bejahen, wenn die Gefahr besteht, dass den ausländischen Behörden durch die Teilnahme ihrer Beamten an den Vollzugshandlungen Tatsachen aus dem Geheimbereich zugänglich gemacht werden, bevor über die Gewährung oder den Umfang der Rechtshilfe entschieden worden ist (vgl. Art. 65a Abs. 3 IRSG; Entscheidung des Bundesstrafgerichts RR.2007.6 vom 22. Februar 2007, E. 2.4; Urteile des Bundesgerichts 1A.225/2006 vom 6. März 2007, E. 1.5.1; 1A.215/2006 vom 7. November 2006, E. 1.3; 1A.35/2001 vom 21. Mai 2001, E. 1a; BGE 128 II 211 E. 2.1, je m.w.H.). Die Gefahr einer Verletzung von Art. 65a Abs. 3 IRSG begründet also per se eine Legitimation zur Anfechtung einer Zwischenverfügung, mit der die Teilnahme ausländischer Ermittlungsbeamter an Vollzugshandlungen bewilligt wird.

Die Gefahr einer Verletzung des Geheimbereichs des Betroffenen ist indessen zu verneinen, wenn die schweizerischen Behörden die nach den Umständen geeigneten Vorkehrungen treffen, um eine vorzeitige Verwendung von Informationen im ausländischen Strafverfahren zu verhindern (vgl. ROBERT ZIMMERMANN, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, Bern 2009, 3. Aufl., Rz. 409; BGE 128 II 211 E. 2.1; 127 II 198 E. 2b). Geeignete Vorkehrungen trifft die Vollzugsbehörde u.a. dann, wenn sie den ausländischen Beamten verpflichtet, allfällige Erkenntnisse aus dem Rechtshilfeverfahren bis zum

Vorliegen einer rechtskräftigen Schlussverfügung im ausländischen Verfahren nicht zu verwenden (vgl. Urteile des Bundesgerichts 1A.225/2006 vom 6. März 2007, E. 1.5.1; 1A.215/2006 vom 7. November 2006, E. 2.3; BGE 131 II 132 E. 2.2).

2.4 In der angefochtenen Zwischenverfügung definiert die Beschwerdegegnerin keine solchen Vorkehrungen. In Ziffer 3 des Dispositivs verweist sie zwar auf Art. 65a Abs. 3 IRSG und gibt den Inhalt dieser Bestimmung wieder. Sie wiederholt aber einfach generell abstrakt diese Vorgabe, die ohnehin gilt, ohne für den vorliegenden Fall etwas daraus konkret abzuleiten.

2.5 Das Bundesamt hält in seiner Vernehmlassung vom 15. Februar 2010 dieses Vorgehen für korrekt. Die Vollzugsbehörde habe die notwendigen Vorkehrungen (erst) anlässlich der Rechtshilfebehandlung zu treffen. Zudem bestehe kein Zweifel, dass die Beschwerdegegnerin solche auch tatsächlich treffen und durchsetzen werde. Die Beschwerdegegnerin bringt in der Beschwerdeantwort vom 12. Februar 2010 vor, dass schon anlässlich der Hausdurchsuchung deutsche Steuerfahnder anwesend gewesen seien. Diese hätten vorher eine Erklärung unterschreiben müssen, welche geeignet sei, die vorzeitige Verwendung im ausländischen Verfahren zu verhindern. Eine gleich lautende Erklärung würden die ausländischen Beamten auch bei der nunmehr angesagten Teilnahme zu unterzeichnen haben.

2.6 Vorliegend sollen vier deutsche Steuerfahnder bei der Sichtung und Ausscheidung der sichergestellten Daten und Datenträger anwesend sein. Nach Ansicht der Beschwerdegegnerin ist es erforderlich, die deutschen Steuerfahnder einzubeziehen, um so die sichergestellten Unterlagen auf ihre Erheblichkeit im deutschen Verfahren überprüfen und erkennen zu können. Bei dieser Vorgehensweise besteht die Gefahr, dass den deutschen Beamten Tatsachen aus dem Geheimbereich vorzeitig bekannt werden (so Urteil des Bundesgerichts 1A.35/2001 vom 21. Mai 2001, E. 1b für einen vergleichbaren Sachverhalt). Dieser Gefahr ist mit geeigneten Vorkehren zu begegnen. Andernfalls besteht ein unmittelbarer und nicht wieder gutzumachender Nachteil. Dieser Ansicht sind im Resultat wohl auch das Bundesamt und die Beschwerdegegnerin.

2.7 Nur wenn sich indessen die Anordnung von konkreten Vorkehren aus der Zwischenverfügung ergibt, ist ein Beschwerdeführer in der Lage, die Frage, ob ihm geeignete Vorkehren zugesichert werden, überprüfen zu

lassen. Die Zwischenverfügung hat daher Vorkehrungen konkret vorauszusehen, wenn solche notwendig sind, um Art. 65a Abs. 3 IRSG zu genügen. Fehlt eine Zusicherung in der Zwischenverfügung ist ein Beschwerdeführer zur Beschwerde legitimiert (BGE 128 II 211 E. 2.1). Vorliegend werden dem Beschwerdeführer in der Zwischenverfügung keine Vorkehrungen zugesichert. Er ist daher zur Beschwerde legitimiert. Dass die Beschwerdegegnerin nachträglich und gegenüber dem Bundesstrafgericht eine konkrete Zusicherung abgibt, vermag daran nichts mehr zu ändern.

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

(...)

5.

5.1 Um eine vorzeitige bzw. unzulässige Verwendung der gewonnenen Informationen im ausländischen Verfahren zu verhindern, sind jedoch zuvor die nach den Umständen geeigneten Massnahmen zu treffen (vgl. supra E. 2.3). Im Sinne des Eventualbegehrens ist die Anwesenheit der deutschen Steuerfahnder bei der Sichtung der am 23. September 2009 sichergestellten Daten und Unterlagen mit der Auflage zu bewilligen, dass die ausländischen Beamten eine schriftliche Erklärung abgeben, die insbesondere folgenden Passus enthält:

„Die ausländischen Beamten verpflichten sich, die bei der Sichtung der Daten und Unterlagen gewonnenen Erkenntnisse in keinem gegenwärtig oder zukünftig hängigen Verfahren für Ermittlungen oder als Beweismittel zu verwenden, bis über die Gewährung und den Umfang der Rechtshilfe definitiv und rechtskräftig entschieden wurde. Weiter verpflichten sie sich, nach dem definitiven und rechtskräftigen Entscheid über die Gewährung der Rechtshilfe bei der Sichtung gewonnene Erkenntnisse nur in demjenigen Umfang für Ermittlungen oder als Beweismittel zu verwenden, als rechtskräftig Rechtshilfe geleistet worden ist.“

5.2 Nach dem völkerrechtlichen Vertrauensprinzip ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der ersuchende Staat bzw. dessen Beamte diese Zusicherung beachten werden (vgl. Urteile des Bundesgerichts 1A.225/2006 vom 6. März 2007, E. 1.5.2; 1A.228/2003 vom 10. März 2004, E. 3.3.2). Vorliegend handelt es sich indessen um eine Untersuchung mit fiskalischem Hintergrund in Deutschland. Damit stellt sich wegen der

derzeitigen Ereignisse in Deutschland die Frage, ob die Gefahr einer vorzeitigen oder unzulässigen Verwendung von Informationen tatsächlich genügend reduziert werden kann, wenn deutsche Steuerfahnder schriftliche Erklärungen unterschreiben. Bekanntlich wird in Deutschland zur Zeit von der Bundesregierung die Meinung vertreten, zweifelhafte Vorgehensweisen wie der Kauf strafbar erlangter Daten seien in eine Güterabwägung mit der Steuergerechtigkeit zu setzen und damit unter Umständen zu rechtfertigen. Theoretisch könnte daher auch die Frage, ob vertragliche Verpflichtungen einzuhalten sind, relativiert und einer Güterabwägung mit der behaupteten Steuergerechtigkeit unterstellt werden. In einem solchen Falle wäre jede Erklärung, Informationen (noch) nicht zu verwenden, nur noch von fraglichem Wert.

Namentlich folgende Gründe sprechen jedoch dagegen, dass die deutschen Steuerfahnder schriftlich abgegebene Verpflichtungen verletzen könnten:

Es ist allgemein anerkannt, dass gültige vertragliche Verpflichtungen einzuhalten sind (*pacta sunt servanda*), solange sich die Verhältnisse nicht fundamental ändern (*clausula rebus sic stantibus*). Eine Güterabwägung lässt sich hier also zweifellos juristisch nicht rechtfertigen.

Die Verpflichtung, Informationen nicht vor dem Entscheid über die Übermittlung der Unterlagen zu verwenden, ist ein fundamentales Prinzip, wenn die Anwesenheit von ausländischen Ermittlungsbeamten bewilligt wird. Im Betrugsbekämpfungsabkommen ist dies auch explizit verankert (Art. 30 Abs. 3 des Betrugsbekämpfungsabkommen).

Würden die Steuerfahnder die vertraglichen und staatsvertraglichen Verpflichtungen nicht einhalten, bestünde offensichtlich das Risiko, dass die Anwesenheit deutscher Steuerfahnder an Rechtshilfehandlungen in der Schweiz künftig generell nicht mehr bewilligt würde. Angesichts der Bedeutung, welche der Rechtshilfe zwischen den beiden Staaten zukommt ist nicht davon auszugehen, dass Deutschland dies riskieren will.

Im Resultat ist daher festzuhalten, dass aufgrund der aktuellen Ereignisse in Deutschland gewisse Bedenken bestehen, ob es sich deutsche Steuerfahnder leisten könnten, steuerrelevante Informationen, die sie wegen ihrer Anwesenheit bei Rechtshilfehandlungen allenfalls erhalten, nicht zu verwenden, wenn diese Informationen über den in der Schlussverfügung definierten Umfang der Rechtshilfe hinausgehen würden. Letztlich ist indessen die schriftliche Erklärung, Erkenntnisse aus dem Rechtshilfeverfahren bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen

Schlussverfügung im ausländischen Verfahren nicht zu verwenden, auch vorliegend als geeignete Vorkehr anzusehen.

TPF 2010 102

23. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour des plaintes dans la cause A., B. et C. contre juge d'instruction du canton de Genève du 15 avril 2010 (RR.2009.351)

Entraide judiciaire internationale en matière pénale au Royaume-Uni; saisie conservatoire; décision incidente.

Art. 33a OEIMP

Cas dans lesquels un refus de levée de saisie doit être traité procéduralement comme une décision de clôture (consid. 1.4.1–1.4.4).

Le titulaire du compte saisi peut en tout temps solliciter la levée totale ou partielle de cette mesure auprès de l'autorité d'exécution qui l'a prononcée (consid. 4).

Internationale Rechtshilfe in Strafsachen an Grossbritannien; Sicherungsbeschlagnahme; Zwischenverfügung.

Art. 33a IRSV

Fälle, in denen die Abweisung eines Begehrens um Aufhebung der Beschlagnahme prozessual als Schlussverfügung zu behandeln ist (E. 1.4.1–1.4.4).

Der Kontoinhaber ist jederzeit legitimiert, bei der ausführenden Behörde die teilweise oder vollständige Aufhebung der Beschlagnahme zu beantragen (E. 4).

Assistenza giudiziaria internazionale in materia penale al Regno Unito; sequestro conservativo; decisione incidentale.

Art. 33a OAIMP

Casi in cui il rifiuto di revocare il sequestro deve essere trattato proceduralmente come una decisione di chiusura (consid. 1.4.1–1.4.4).

Il titolare del conto sequestrato può esigere in ogni momento dall'autorità esecutiva che ha pronunciato la misura la revoca totale o parziale del sequestro (consid. 4).